TEORIA DA EMPRESA PÚBLICA DE SENTIDO ESTRITO

A. B. COTRIM NETO*

1. Trajano de Miranda Valverde lançou a "sociedade de economia mista" no Brasil (1939), Bilac Pinto seria o primeiro pregoeiro da "empresa pública" de sentido estrito (1952). 2. A empresa pública é adotada no direito legislado do país. 3. A economia mista alterna sistematicamente entre a preferência e o descrédito universais, ensejando a empresa pública. 4. Foi no Brasil onde primeiro se elaborou um estatuto para a empresa pública stricto sensu. *5. Literatura jurídica brasileira sobre esta entidade. 6. Considerações sobre o sentido amplo da expressão "empresa pública". 7. O termo "empresa pública" tomado como gênero, no sentido amplo, em congressos internacionais. 8. Idem: continuação. 9. Doutrina sobre o sentido genérico da expressão "empresa pública". 10. Novacap — a primeira empresa pública do Brasil. 11. Eclosão de empresas públicas no Brasil. 12. Classificação das empresas públicas. 13. Privilégios da empresa pública. 14. Natureza jurídica dos bens da empresa pública. 15. Natureza jurídica dos bens de empresa filial do Estado que exerce atividade monopolizada. 16. Elogio da empresa pública, como instituída no Brasil. 17. Crítica do referido tipo de empresa pública.*

1. Do mesmo modo que Trajano de Miranda Valverde — na "exposição de motivos" com que apresentou o anteprojeto da que viria a ser a nossa ainda agora vigente Lei de Sociedade por Ações — lançou sobre a "sociedade de economia mista" o interesse dos juristas e de um Governo em período de re-

* Professor da Faculdade de Direito da UFRJ.

formas, no ano de 1939 (cf. nosso *Direito Administrativo das Autarquias*, Ed. F. Bastos, 1966, p. 69), de tal forma que ela imediatamente seria adotada em todos os quadrantes do Brasil, Bilac Pinto seria o primeiro pregoeiro da "empresa pública", entre nós. Com efeito, a conferência que este jurista proferiu em 1952, na Fundação Getulio Vargas, sob o título "O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas", teve ampla repercussão entre os estudiosos do administrativismo.

Posteriormente, no período que imediatamente antecedeu a Revolução de 1964, cuidou o Governo federal de instituir uma reforma administrativa, com a criação de um "sistema administrativo federal", medida que foi objeto de mensagem enviada ao Congresso Nacional em 1963. Nessa proposição, que aliás nunca se transformaria em lei, a "empresa pública" era definida como entidade criada por lei, com recursos exclusivos da União, para executar ou explorar serviços de natureza comercial, industrial, bancária ou assemelhados, inclusive em regime de monopólio estatal, ficando equiparada às fundações instituídas com recursos também oriundos de fonte exclusivamente estatal.

Tal proposição, ademais, pretendia que a empresa pública e a sociedade de economia mista integrassem os serviços "paraestatais", mas não a Administração Indireta, a qual caberia apenas às autarquias.[1]

2. Contudo, ter-se-ia de aguardar que o Governo oriundo do movimento de março de 1964 encetasse a sua própria reforma administrativa, para chegar-se a ver disciplinada — no direito legislado do país — a empresa pública.

Efetivamente, pela iniciativa do então Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seu art. 5º, inciso II, ela seria assim definida: "Empresa pública (é) a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Estado seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito". Aliás, Carlos Medeiros Silva foi o principal elaborador do projeto de que se originou a Constituição Federal de 1967.

[1] Os estudos e projetos da reforma administrativa frustrada, de 1963, constam dos vários volumes que a Imprensa Nacional publicou, a partir de 1965, sob o título *Reforma Administrativa Federal de 1963*. E Caio Tácito, no v. 84 da *RDA*, p. 430 e segs., teve ensejo de comentar a colocação da entidade em tela, no projeto, fazendo-o em artigo intitulado As empresas públicas no Brasil.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também incluiria, no título referente à "ordem econômica e social" de ambos os diplomas (artigos 163 e 170, respectivamente), menção à "empresa pública" e à "sociedade de economia mista", concomitantemente, para expressar as características particulares de cada uma dessas entidades.

Mais tarde, em 1969, através do Decreto-lei nº 900, foi ligeiramente alterada a definição legal de empresa pública, a qual passou a ter esta redação: "Empresa Pública (é) a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito". Esta alteração, contida no art. 1º desse Decreto-lei nº 900, completou-se com o disposto no art. 5º, seguinte, do mesmo diploma, pelo qual podem participar da formação de empresa pública outras pessoas jurídicas de direito público, interno, bem como as entidades de direito privado integrantes da Administração Indireta.[2]

E as empresas públicas passaram a proliferar no sistema administrativo brasileiro, como haviam proliferado as sociedades de economia mista, depois que Miranda Valverde divulgou a instituição entre nós.

O curioso, entretanto, é que Bilac Pinto apresentou à consideração de nossos administrativistas uma instituição perfeitamente ineressante, digamos eficiente, para o aperfeiçoamento do sistema administrativo; mas sua conferência de 1952 debuxava um quadro irreal do panorama universal, tanto no pertinente ao "declínio" das sociedades de economia mista, quanto no relacionado com o "advento" das empresas públicas (entendidas, estas, como as empresas formadas, exclusivamente, de capital público e dotadas de personalidade jurídica de direito privado).

[2] Como se verifica do confronto da redação do art. 5º, II do Decreto-lei nº 200, tal como se encontrava no texto primitivo, de 1967, com a redação nova decorrente do Decreto-lei nº 900, de 1969, houve um aperfeiçoamento. De fato, no texto de 1967 a empresa pública — ademais de encerrar outros elementos — era a entidade criada pela União "para desempenhar atividades de natureza empresarial"; no texto de 1969 se modificou a cláusula apontada, que ficou assim: "para a exploração de atividade econômica".

Em trabalho que publicou na *Revista de Direito Administrativo,* v. 91, de 1968, sob o título A empresa pública no direito brasileiro, Themistocles Cavalcanti havia feito crítica a esse tópico do Decreto-lei nº 200, confrontando-o com outro. Como vimos, no art. 5º, II se definia a *empresa pública;* já no inciso III, desse mesmo artigo, definia-se a *sociedade de economia mista*: enquanto que no inciso II se dizia que a

3. Não se pode, realmente, sustentar que as sociedades de economia mista estejam no desfavor dos responsáveis pela composição das administrações modernas. A leitura das mais recentes obras de direito administrativo que nos chegam de toda parte, só fazem dar-nos conta da multiplicação crescente de toda espécie de forma empresarial lançada pelo Estado, para a perseguição de fins socialmente úteis. E as sociedades de economia mista continuam a ser abundantemente utilizadas, tal como se verifica no Brasil, em que pese à freqüente instituição de empresas públicas.

Como teve ensejo de observar Laubadère, a história do emprego da economia mista é uma alternação sistemática de preferência e de descrédito (*d'engouement et de discrédit*): é certo que, logo em seguida à última guerra mundial, a economia mista conheceu um evidente descrédito, principalmente pelos preconceitos então criados contra os interesses de lucro do capital privado que se associava ao Estado. E na França, onde a Constituição promulgada em 1946, em seu Preâmbulo, declarava que todo monopólio de fato ou serviço público nacional devia tornar-se propriedade nacional, tal proclama parecia acabar com a economia mista. Por demais, a onda de nacionalização, que se seguira à guerra de 1939/1945, implicava eliminação sistemática de presença do capital privado nas empresas apropriadas pelo Estado: seria o momento ideal para a implantação da "empresa pública", isto é, a empresa de capital exclusivamente público.

Todavia, acrescentou o Prof. Laubadère, imediatamente a economia mista voltou a ter crédito, como se houvesse sido "redescoberta", a ponto de empresas que haviam relegado a colaboração do capital privado, como a Air France, terem voltado a retomá-la, retornando à condição de sociedade de economia mista. E, a propósito, o eminente mestre da recentemente extinta Faculdade de Direito de Paris citou um elenco de novas organizações às quais o Governo deu a forma de empresa de capital público-privado (no *Traité élémentaire de droit administratif*, ed. L. G. D. J., Paris, 1966, v. 3, p. 570).

empresa pública seria criada para o desempenho de atividades "de natureza empresarial", no inciso III se dizia que a sociedade de economia mista exerceria atividade "de natureza mercantil". Ora, escrevia Themistocles, aliás, invocando um pensamento de Evaristo de Moraes Filho, semelhante distinção seria equívoca, porquanto o conceito de empresa é genérico e abrange, também e necessariamente, a atividade mercantil (p. 6 do cit. v. 91 da *RDA*).

Com nova redação trazida a esses preceitos pelo Decreto-lei nº 900, tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista se destinam à "exploração de atividade econômica", distinguindo-se as duas entidades, apenas, pela origem dos respectivos capitais.

Nessas condições, ainda é cedo para se proclamar o declínio das entidades mistas, pelo menos em países que sempre a utilizaram com freqüência, o que não é, precisamente, o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos, por exemplo. Não obstante, as crises episódicas da economia mista acabaram provocando a invenção da "empresa pública", a qual da Alemanha se irradiaria.

4. Sobre a chamada "empresa pública", muito se terá, ainda, de escrever e de falar. Em primeiro lugar, se há de dizer que a expressão "empresa pública" não irradia idéia definida ou definitiva. Para exemplificarmos a assertiva, e sem irmos longe, baste-nos a consulta do livro organizado pelo Prof. Frank Sherwood, da Universidade da Califórnia (*Readings on public enterprises*), cuja tradução foi editada em 1964 pela Fundação Getulio Vargas, sob o título *Empresas públicas — textos selecionados*": nesta obra, como igualmente, na que resume os estudos do Seminário convocado para Rangoon, em 1954, pela ONU, para o estudo das empresas públicas do Sudeste Asiático (*Some problems in the organization and administration of public enterprises in the industrial field*), da qual igualmente existe tradução publicada pela Fundação Getulio Vargas, em 1962 (com o título *Seminário sobre organização e administração de serviços industriais do Estado*), o que se verifica é que, na denominação genérica de "empresa pública", se condensa a apreciação de inumerável quantidade de formas empresariais, clássicas ou *sui generis*, isto é, engendradas, de que o Estado se utiliza (até mesmo se estuda a autarquia e a economia mista, ao agasalho da expressão em tela, "empresa pública"). Em segundo lugar, nenhum país — ao que seja de nosso conhecimento — até hoje legislou um estatuto para a empresa pública, para um tipo de empresa a que, *stricto sensu*, se adequasse a expressão em referência. Nenhum país, bem entendido, excluído o Brasil, que, com o Decreto-lei nº 200, de 1967, complementado e modificado em parte pelo Decreto-lei nº 900, de 1969, ambos anteriormente citados, já teve ensejo de formular um conceito, com base no qual várias entidades do gênero se constituíram entre nós: e o conceito legal, a par de outros elementos legais, extravagantes mas pertinentes à Administração Indireta, valem como um estatuto para a empresa pública nacional.

Entretanto, apesar de bastante satisfatória, a construção brasileira da empresa pública apresenta insuficiências ou deficiências que reclamam aperfeiçoamento. Sucede, porém, que não nos podemos amparar da experiência forânea a qual, nesta matéria, eventualmente terá de nos tomar lições, apesar de nós mesmos ainda termos que deixar o tempo e a experiência da novel instituição transcorrer, para a corrigir e completar a obra de construção jurídica.

Ilustrando o afirmado supra, a propósito da carência ou desvalia dos elementos a colher no exterior, sobre um estatuto da "empresa pública" — da empresa pública como concebida entre nós — teremos ensejo de fazer observações no campo do direito comparado, sobretudo na estrutura jurídico-institucional de países, como a Itália, a França, a Alemanha ou os Estados Unidos, donde tem vindo o elemento nutriz de nosso Direito.

5. Antes, porém, devemos informar que já está surgindo, no Brasil, razoável literatura jurídica sobre a empresa pública. As nossas revistas técnicas, entre as quais se há de destacar a *Revista de Direito Administrativo,* freqüentemente publicam artigos que trazem a autoria de administrativistas respeitáveis, como Alfredo Almeida Paiva, Caio Tácito, Themistocles Brandão Cavalcanti e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Este último, por sinal, recentemente publicou uma obra sob o título *Fundações e empresas públicas.*[3] Todavia, nota-se que, freqüentemente, os escritores — ao referirem a empresa pública estruturada na forma da que chamaremos *empresa pública em sentido estrito* — quando fazem excursos pelo direito comparado não se apercebem da universal confusão de nomenclatura por nós acima apontada: aliás, mesmo os documentos emitidos em conferências internacionais englobam — vimo-lo antes — as mais variadas entidades, até as autarquias, na expressão *empresa pública.*

E nessa desatenção incidiu o próprio autor do desenvolvido estudo *Fundações e empresas públicas,* sobretudo quando escreveu: "Assim, na Itália, como na França, sobretudo depois da última grande guerrra, é a *empresa pública autônoma,* dentro da atividade econômica do Estado, uma realidade do fenômeno jurídico-administrativo" (p. 114).

6. Apreciando estas entidades jurídicas engendradas para a organização de um sem-número de serviços públicos ou de interesse público suscitados pela vida moderna, algures já dissemos nos parecer assaz difícil isolar um conceito de "empresa pública", como — entre outros — o faz Bilac Pinto: embora o jurista patrício queira indicar, com tal nome, apenas aquele tipo de entidade econômica cujo capital seja integrado exclusivamente pelo Estado (ou, extensivamente, por mais de uma fonte estatal), essa nomenclatura não merece aceitação universal.

3 O livro de Oliveira Franco foi editado pela Rev. dos Trib., em 1972. Mas, ainda nesse ano, saiu um opúsculo de Alvaro Caminha Muniz, intitulado *A empresa pública no direito brasileiro,* editado por Edições Trabalhistas, do Rio; e J. Cretella Jr. igualmente publicou *Empresa Pública,* ed. José Bushatsky, S. P., 1973; e, finalmente, ainda em 1973, J. W. Nogueira de Queiroz, em edição da Imprensa da Universidade do Ceará, publicou *A empresa pública no direito brasileiro.*

De fato, para os alemães, tão fecundos na criação de neologismos, e, como vimos, autores bem sucedidos de expressões como "Estado de Direito", "Administração Indireta", "sociedade de economia mista", e outras que tais, esse estilo organizacional deveria ser chamado de "sociedade pública de um só membro" (*öffentliche Einmanngesellschaft*), o que, todavia, não obteve consagração: deixou de ser adotado pela nomenclatura francesa; não foi aceito pela nomenclatura anglo-americana.[4]

Por outro lado, reiteramos, existe quase universal entendimento de que sob o título "empresa pública" se podem agasalhar quaisquer modalidades empresariais de que o Estado participe, em conjunto com outras entidades públicas ou privadas, como isoladamente. Tanto isso é exato que o Seminário reunido em Rangoon, no ano de 1954, sob essa denominação, em generalidade, englobou: a) as entidades que funcionam "sobre as mesmas bases das atividades governamentais ordinárias"; b) as "corporações públicas"; c) as "corporações de propriedade mista" (*mixed-ownership corporations*), isto é, as que na linguagem germano-galo-portuguesa chamamos de "sociedades de economia mista"; finalmente, na súmula dos trabalhos do Seminário, foi dito que nos últimos anos o grupo das *public entreprises* pode ser acrescido de outro tipo, que tem surgido quando o Governo contrata com uma entidade privada a operação (*operating contract*) ou a direção (*management contract*) de um estabelecimento industrial de propriedade pública, mediante pagamento de um interesse, não se imiscuindo a Autoridade no desempenho do serviço (*Some problems*..., p. 5).

[4] Em outras oportunidade já tivemos ensejo de proclamar que apenas o Brasil conta com legislação especial, no campo do direito administrativo, para a empresa estatal de um só membro. Por toda parte a construção jurídica do que Bilac chamou de "moderna empresa pública" continua em aberto. Mas em aberto também está, no direito privado, o problema da "sociedade de membro único". Ainda recentemente, distinguidos pelo Colégio Notarial do Brasil com o título de "tabelião honorário", por estudos dedicados à instituição notarial, participamos do XII Congresso Internacional do Notariado Latino, que se reuniu em outubro de 1973, em Buenos Aires: um dos temas do Congresso, o IV, versava precisamente sobre "o empresário individual", e nós tivemos ensejo de assistir a relatórios e debates de alemães, franceses, italianos, espanhóis, gregos, americanos, etc., todos a referirem omissões legais, que não deferem personalidade jurídica à empresa de membro único, a qual se confunde, a si e ao patrimônio afetado à atividade empresarial, com a pessoa e o patrimônio do empresário.

Não obstante, Serpa Lopes chegou a asseverar que "em certos países já existem disposições expressas de lei consagrando a *sociedade unipessoal*, ou então é a jurisprudência que as tolera" (no v. 4, p. 528, de seu *Curso de direito civil*, 2. ed., F. Bastos, 1961). A propósito, o extinto jurista refere o art. 31 do *Companies Act*, inglês, de

O festejado Zwahlen, na tese de doutoramento que em 1935 apresentou à Universidade de Lausanne, não atribui grandes considerações à "empresa pública" do conceito adotado por nosso Bilac Pinto (vendo nela apenas uma *régie* disfarçada, entidade a que noutro trecho de seu trabalho fizera grandes restrições), assim escrevendo: "não sendo uma sociedade propriamente dita (a *société publique à membre unique*), porém uma *régie* disfarçada, esta instituição não tem valor senão pelos princípios de organização e de trabalho que aplica, como uma sociedade comercial. Quase desconhecida em nosso país (Suíça), ela se desenvolveu ultra-Reno, por motivos políticos, os mesmos que prevaleceram para a economia mista: permitir ao Estado apropriar-se completamente de certas empresas, entretanto lhes conservando a aparência de organismos puramente privados. Ela não merece, portanto, que sobre sua existência nos detenhamos amplamente" (Elle ne mérite donc pas que l'on s'y attarde davantage: op. cit. p. 65).

Todavia, desde que na chave das "empresas públicas" da conceituação restrita se incluam as que Zwahlen, noutro trecho de sua obra, chama de "sociedades de pessoas públicas", isto é, sociedades que giram consoante os estilos mercantis, mas cujo capital seja formado com a exclusiva participação de pessoas de direito público ou filiais do Estado (donde o título alemão *öffentliche Kapitalgesellschaften*), aí então o interesse do tema avulta, e dele faz eco o próprio autor de Lausanne, que chega a proclamar, enfático: "é certo que, no futuro, as corporações públicas procurarão freqüentemente se entender entre si, a fim de poderem explorar mais racionalmente certos serviços públicos, os quais tudo têm a ganhar da aplicação dos princípios da concentração, que a economia privada tão largamente tem usado há várias décadas" (op. cit. p. 66).

7. Nos congressos internacionais também se tem usado o termo "empresa pública" em sentido amplo, de modo a nele poder incluir-se até a economia mista e, mesmo, a autarquia administrativa: nesta conformidade, por exemplo, foi como Roger Pinto fez o relatório das reuniões que congregaram em Roma e em Praga, no ano de 1958, um "Colóquio de juristas dos Estados Unidos, União Soviética, Inglaterra, França, Itália, Alemanha Federal, Finlândia, Tchecoslováquia, Iugoslávia, Polônia, Líbano e Índia". No seu trabalho, o publicista francês examinou — logicamente à luz dos debates havidos nas

1948, e o art. 2.362, do Código Civil Italiano de 1942, acrescentando que lei alemã de 1937, e espanhola de 1961, estabelecem não ser motivo de dissolução de sociedade a remanência de sócio único, tendo a exposição de motivos desses diplomas admitido sociedades unipessoais.

citadas reuniões — as contribuições dos dezessete juristas que representaram os doze mencionados países, focalizando, sempre, a "empresa pública" em extrema confusão com todos os institutos conhecidos por "autarquia" e demais tipos de entidades da Administração Indireta, entre nós.[5]

Consoante se infere do relatório citado, no colóquio de Roma e Praga pretendeu-se que a *empresa pública é uma entidade dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprio, com finalidade de executar uma atividade econômica a cargo do Estado,* definição essa excludente dos organismos estatais como as *imprese organo,* da terminologia italiana, as *régies,* da francesa, ou os *undertakings carried by Government Department under a Ministry,* da britânica. Porém, salienta Roger Pinto, as mesmas reuniões admitiram não ser absolutamente impermeável tal fronteira, como não o é a distinção entre a *empresa pública* e a *empresa autônoma do Estado,* encarregadas de funções sociais ou culturais.

Resultado do estudo comparativo dos sistemas administrativos representados pelos juristas presentes nos congressos mencionados foi, em resumo, isto: a empresa pública é uma entidade autônoma de criação estatal; ela se submete, portanto, a estatuto definido pelo Estado; sua existência depende do Estado, que a instituiu; contudo, em virtude dessa instituição, o Estado carreia para o setor de economia pública uma estrutura descentralizada; a conservação dessa descentralização supõe o respeito à autonomia da empresa pública e exige que não seja colocada sob a autoridade hierárquica de órgãos ou agentes do Estado (ministros, por exemplo); dentro dos limites de sua carta constitutiva, a empresa deve decidir livremente, e sua autonomia subsiste se o Estado definir as obrigações das unidades do setor econômico na forma de planos gerais, não sendo incompatível, tal autonomia, com uma participação do Estado na gestão da empresa, limitada e fixada pelo seu

[5] O relatório de Pinto foi publicado, em tradução intitulada *A empresa pública autônoma* de caráter econômico, em direito comparado, na *RDA,* v. 57, p. 482-98. É interessante destacar este trecho que se lê à p. 484 do aludido v. 57 da *RDA*: "A noção de empresa pública sustentada pelo Colóquio é o da empresa possuindo personalidade jurídica, dotada de patrimônio próprio e cuja finalidade é executar uma atividade econômica a cargo do Estado. Essa definição — provisória — excluía, portanto, de um lado, o estudo das atividades econômicas a cargo do Estado, e ao mesmo tempo realizadas diretamente por administrações, escritórios ou serviços do Estado. Por outro lado, essa definição excluía o estudo das empresas autônomas do Estado exercendo funções administrativas sociais ou culturais. O Colóquio reconheceu não ser essa dupla fronteira absolutamente impermeável. As empresas sob administração do Estado se beneficiam às vezes de independência maior (por exemplo, na Itália), perante o Estado, que a empresa juridicamente autônoma."

estatuto. Ademais, essa empresa atrai diferentes formas de controle estatal (administrativo, financeiro, jurisdicional, parlamentar), as quais têm como finalidade verificar se ela está sendo gerida convenientemente, além de permitirem corrigir uma administração infeliz ou irregular.

Verificaram, ainda, os especialistas que foram convocados para essas duas reuniões pela Associação Internacional de Ciências Jurídicas que, na prática, periclita o equilíbrio entre a liberdade de ação da empresa pública e os contrapesos do controle do Estado, resultando desse choque uma surda luta entre ambas as entidades.

Outra relevante decorrência dos simpósios de Roma e de Praga: a constatação — naturalmente marginal, feita pelo Prof. Roger Pinto — de que até os próprios russos, outrora tão ciosos da peculiaridade de seu regime, nem permitindo a compararção de suas instituições jurídicas, mesmo quando aparentemente análogas às do Ocidente, hoje implicitamente reconhecem o caráter universal de certos fenômenos jurídicos.

Com efeito, basta a citação de que a conformação das empresas públicas varia de país para país, sem nenhum respeito à identidade ocasional ou à diversidade de regimes econômicos, ou sociais, ou políticos, para que se reconheça, de um lado essa universalidade do fenômeno jurídico, e, de outro, que certas categorias institucionais podem ser comuns a nações de diferentes estruturas organizacionais. Para essa evidenciação é apenas necessário que o fenômeno corresponda a algo extenso e ínsito na conjuntura social: a circunstância de se haverem comparado as empresas estatizadas aos variados sistemas do mosaico político do mundo contemporâneo demonstra sua importância atual. E dessa comparação, entre muitas conclusões se verificou esta: na União Soviética adota-se o princípio da direção unipessoal na empresa do Estado, onde o diretor é o chefe da empresa (exatamente como nos Estados Unidos, onde, por exemplo, a Tennessee Valley Authority, organizada em 1933 com uma direção de três administradores, passaria, em 1957, à gestão de um só diretor-geral). Enquanto essa identidade ocorre entre os dois expoentes do antagonismo ideológico de nossa época, a Iugoslávia, que tem regime comunista (como a Rússia), desde 1953 instituiu o autogoverno trabalhista, na empresa pública, colocando-a sob a direção de um conselho organizado por seus empregados.

8. Em 1965, no mês de julho, reuniu-se em Paris o Congresso Internacional de Ciências Administrativas, — que outra vez — tomaria a "empresa pública" como tema central. Agora, caberia a um professor iugoslavo,

Nicola Balog, da Faculdade de Direito de Belgrado, fazer o relatório que seria apreciado pelos congressistas.[6]

Ao início de seu relatório, salienta Balog que a organização das empresas estatais sempre depende — e não somente, do sistema constitucional — mas, igualmente, do regime econômico-social vigente em cada país, encerrando, ademais, questão política relacionada com o desenvolvimento. Prosseguindo, destaca que se fala muito em regime de economia mista, porém, acrescenta: "Esta expressão não significa grande coisa, pois não indica o regime jurídico e político, mas somente o fato de que existem empresas privadas ao lado de empresas públicas." Por outro lado, nos países socialistas, "onde existem, igualmente, empresas privadas, não se fala de economia mista, o que mostra o caráter mal definido da expressão, bem como seu valor relativo".

Noutro tópico de seu trabalho, o Prof. Balog diz residir na espécie de controle a exercer sobre a empresa o que caracteriza a "empresa pública". E acrescenta: "O epíteto *pública* é aplicado, mais comumente, a uma empresa, quando esta é colocada sob o controle do Estado, do Governo ou de um organismo estatal. A autonomia de uma empresa pública está, assim, na razão inversa da amplitude e da profundidade do controle. O relatório fez sua esta maneira de ver, a qual foi adotada na conferência da Mesa-redonda, em Varsóvia, sobre cujas conclusões o presente relatório está fundado. Os instrumentos de controle são constituídos pelos planos, pelo financiamento e pelo crédito; em outras palavras, o Estado intervém pelo intérprete do plano ou do programa, cuja execução foi confiada às empresas públicas. Aliás, existem, igualmente, meios de controle no que concerne às relações pessoais, à nomeação do administrador principal, do diretor do conselho de administração, à representação do Estado no seio dos outros órgãos coletivos de uma empresa pública, enfim, à verificação e ao controle das contas, ao estabelecimento das contas definitivas, etc." (op. cit. *RDA*, v. 87, p. 40).

Como se vê, aqui, outra vez mais, a expressão "empresa pública" traduz realidades que nenhuma similitude apresentam com o tipo de "empresa pública" sobre o qual assentou-se um conceito no direito legislado no Brasil.

9. Quando se estuda determinada matéria jurídica com finalidades práticas, e não meramente especulativas, nada melhor que o comparatismo. No

[6] Este trabalho, foi traduzido para o vernáculo, e sob o título A organização administrativa das empresas públicas, publicado na *RDA*, v. 87, 88, 89 e 90. No seu relatório, Balog não se detém no estudo da instituição de cada país; contudo, faz análise comparada da empresa pública, em face do regime de cada Estado e de cada sistema legal.

que concerne às instituições de Administração Pública, efetivamente, é onde melhor caberá apreciação do que alhures se fez, para meditação da experiência peregrina. Contudo, a respeito da "empresa pública", do estilo já consagrado no Brasil, muito pouco nos serve a experiência alheia, pelo simples fato — como temos apontado — de sermos os pioneiros no legislar sobre ela e, principalmente, porque a nomenclatura estrangeira usa da expressão referida em amplitude que confunde. Mas não somente a nomenclatura estrangeira ou de autores estrangeiros.

A propósito desta matéria, não se poderá omitir referência ao opulento estudo que Leopoldo Braga dela fez.[7] Em certo trecho de seu trabalho — depois de transcrever apropriado pensamento de Liguori — escreveu Braga: "Cumpre não confundir com *serviços públicos*, nem tampouco com *empresas públicas*, certas *empresas privadas de interesse público.*" E prosseguiu, reproduzindo inumeráveis definições de "empresa pública", todas vagas e abrangentes de qualquer espécie de empresa que sirva como instrumento de ação do Estado (algumas emitidas inclusive por eminentes autores brasileiros, como Alberto Deodato e Aliomar Baleeiro), para concluir: "Em sua maioria, os autores não apresentam uma *definição* formal de *empresa pública,* embora estudem e discutam, sob os mais variados aspectos, sua natureza jurídica, suas características próprias, modalidades, tipos, organização, fins, etc." (à p. 111, do cit. *Repertório*. . .);[8] e depois de apresentar um quadro do que ele considera empresas públicas, Braga incluiu no elenco "as sociedades públicas de um só membro, com personalidade jurídica de direito privado (que constituem, aliás, as modernas empresas públicas em sentido estrito ou empresas públicas absolutas)" (p. 116, do mesmo *Repertório*).

Entretanto, acreditamos poder exprimir que ninguém, atualmente, terá a autoridade de W. G. Friedmann e J. F. Garner, editores de obra coletiva dedicada ao estudo comparado das empresas governamentais, em cuja conclusão é dito isto: "Nenhum dos muitos países que têm desenvolvido novas formas autônomas de empresa pública tentou uma definição teórica geral da *sociedade pública* (*public corporation*); ela ainda é principalmente (*very*

[7] Empresas públicas, *In*: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro,* ed. Borsoi, v. 20.

[8] Na literatura jurídica nacional existe uma tese de concurso para cátedra universitária (Ciência das Finanças, na Faculdade de Direito da U. F. do Estado do Rio de Janeiro), onde o autor usou da expressão em sentido amplo e indefinido. Referimo-nos à tese de Sudá de Andrade, aliás recentemente falecido, que foi, por sinal, o candidato vitorioso (cf. *Teoria da empresa pública*. Rio, ed. José Konfino, 1959. p. 40 e outras).

much), uma instituição e um conceito num estado de fluxo e desenvolvimento constantes."[9]

Como vemos, à parte do que já dispomos em nossa legislação, é difícil o estudo da empresa pública "moderna", da tipificação de Bilac Pinto, ou "absoluta", de Leopoldo Braga, no direito comparado, quando a expressão em uso é indicativa de gênero, e nosso direito legislado a quer espécie.

10. Oportunamente, no desenvolvimento deste nosso estudo, teremos ensejo de apontar que freqüentemente se abrem vazios entre as instituições do direito positivo e as instituições sociais, a ponto de surgirem certas entidades, até criadas por lei, para as quais não se encontra exata colocação no quadro jurídico vigente. Foi o que se deu, por exemplo, com a Novacap, a qual — como empresa pública genuína, que o foi desde o início, embora à época nosso direito legislado desconhecesse tal espécie — gerou perplexidade entre nossos administrativistas, que muito hesitaram no tratamento jurídico por lhe atribuir.

A Novacap (Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil) foi constituída em forma de sociedade anônima mercê de autorização emitida pela Lei nº 2.874, de 19 de setembro de 1956: posteriormente, a estrutura acionária da empresa — até então formada apenas com capital da União — foi alterada pela Lei nº 3.751, de 13 de abril de 1960, mediante a transferência de 51% de suas ações para a Prefeitura do Distrito Federal, isto é, de Brasília.

Na conformidade do diploma que a gerou, a Novacap estava destinada a ser uma sociedade anônima, com a maioria das ações de capital detidas pela União: mas ela nunca seria uma *sociedade mista,* no sentido usual, embora pudesse sê-lo de modo *sui generis,* desde que fora prevista a participação de outras pessoas jurídicas na formação de seu capital, todavia, sempre, pessoas de direito público interno. Ademais, essa empresa não tinha um escopo de lucro, no sentido tradicional, pois o art. 3º da Lei nº 2.874 lhe deferia a missão, ou melhor, uma verdadeira delegação, que se enfeixava na tarefa precípua de planejar e executar os serviços de localização, urbanização e construção da então futura capital do país: destarte, antes que de finalidade econômica, a Novacap tinha uma destinação administrativa, e, por acréscimo, transitória. A desvirtuar-lhe, também, as características de sociedade anônima,

[9] O título da obra: *Government enterprise — a comparative study,* New York, Columbia University Press, 1970. O trecho apresentado é da p. 312, nas "Conclusions" da obra coletiva, e seu autor, o próprio Friedmann, que foi Diretor de Pesquisa Legal Internacional, até sua recente morte.

mesmo *sui generis,* temos a circunstância já referida de que tal sociedade só contava com o capital da União, pelo que bem se podia, desde então, atribuir-lhe a curiosa denominação empregada, para casos tais, por Henri Zwahlen, de "société à membre unique".

Por isso foi que, em 1961, ao funcionar como juiz, em ação da qual foi parte a Novacap, Leal Fagundes, saneando o feito, classificou a empresa de "criatura da União", e, pela distribuição unitária de seu capital, de "entidade pública", repudiando a imprópria denominação legal de "sociedade anônima". Nesse despacho, que deu novos rumos à lide sobre a qual incidiu, Leal Fagundes ainda exprimia que, depois de ter a Lei nº 3.751, de 1960, transferido para a Prefeitura do Distrito Federal 51% das ações da Novacap, esta perdeu a fisionomia de sociedade pública unipessoal, o que, sem lhe ter acarretado a perda da condição de "empresa pública" — que, não obstante, "tem o inconveniente de significar ou dar a entender, também, as empresas administradas diretamente pelos órgãs centralizados da Administração Pública, como a Imprensa Nacional e tantas outras" — implica que ela, de um modo preferível, seja classificada como "sociedade de economia pública", da denominação sugerida por Marcello Caetano.[10]

Coincidente, quiçá concomitante com a expressão do entendimento de Leal Fagundes, é a manifestação do Prof. Sampaio Lacerda: para esse comercialista, não se deve classificar a Novacap de "sociedade por ações do Estado, tal como as que existiam na União Soviética", pois no direito brasileiro é inadmissível, em princípio, a "sociedade de um só sócio", tanto que a lei instituidora da empresa a denominou simplesmente "companhia", ordenando aplicar-se-lhe a legislação das sociedades anônimas apenas de forma "subsidiária". E o autor em referência conclui sua manifestação assim: "Parece-nos, pois, dado o seu próprio objetivo, não visando exploração de quaisquer atividades industriais ou comerciais, que se trata de uma empresa do Estado, com patrimônio destacado e distinto do próprio Estado." Sampaio Lacerda também aceita, como válida, a denominação de "empresa pública", da nomenclatura de Bilac Pinto, mas com atribuição — do mesmo modo que Leal Fagundes — de personalidade pública, em razão do interesse coletivo de que se reveste a Novacap.[11]

[10] Esse despacho saneador de Leal Fagundes foi publicado em separata, no ano de 1961, pelo Depto. de Imp. Nac., sob o título *Conceituação jurídica da Novacap.* A matéria em referência, aqui, está nas p. 15, 30 e noutras.

[11] Em conferência que a F. Bastos publicou, em 1961, sob o título: *As sociedades anônimas e sua utilização pelo Estado* (v. p. 14 e 21).

Posteriormente, a propósito de outro feito no qual a companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil tinha interesse, num pedido de *habeas-corpus* impetrado a favor de pessoas envolvidas em caso conhecido por "Processo da Novacap", Sousa Neto, que então tinha assento no Tribunal de Justiça de Brasília, exarou longuíssimo voto, divulgado posteriormente em forma de livro.[12] No decorrer desse pronunciamento judiciário, o magistrado, relator do feito, deixou expresso não enxergar a Novacap como sociedade capitalista: embora sua lei orgânica tal a considere, na realidade ela pertence ao "Poder Público, sem miscibilidade e sem vizinhança com os sujeitos privados e seus interesses"; *pararestatalizada* pelo Estado, criada "ente oficial, descendente do Estado, dotada de capacidade jurídica e personalidade moral", a Novacap é "estabelecimento oficial" e seus servidores são funcionários públicos, para fins penais, como logo o seriam, até para os efeitos do direito administrativo, pela Lei nº 4.242, de 1964, que o autor citou em rodapé da monografia resultante de seu voto prévio (op. cit. p. 162).

Para Sousa Neto, pelos termos de sua criação por força da Lei nº 2.874, e em decorrência da Lei nº 3.751, a Novacap não será uma sociedade no sentido privatista da palavra: além de ser um órgão exdrúxulo, que o sócio minoritário, a União, controla (assim não se podendo classificá-la sociedade de capital, pois o capital, agora majoritariamente detido pela Prefeitura de Brasília, não a governa), por isso ela merece uma classificação mais adequada de "estabelecimento de pessoas públicas"; "em todos os seus setores o que existe é *autoridade*"; ela não tem *sócios* discutindo dividendos e gerindo; em seu seio o que existe é "governo (União e Prefeitura) planejando, executando, nomeando, demitindo e gastando". Entretanto, "a Novacap, se é sociedade *inversa* e *coativa*, é sociedade por delegação. A Prefeitura, inconsultada, e não podendo dispor das ações, nem exercer os direitos que lhe são inerentes senão autorizada por lei federal, foi, em verdade, designada, com poderes limitados, para *representar* a União (a partir da mudança da capital) na gestão da Novacap, ente *ad hoc* que a União gerou e sustenta sozinha, com exclusividade, em todos os sentidos"; "a Novacap, sendo sociedade, é sociedade de Estado, de governo e administração", "os preceitos da Lei nº 2.874 não são de direito comum, são regras especiais, de *jus publicum*, de direito administrativo": por superfetação de argumentos — continuou Sousa Neto — "ainda que a *forma* da entidade pertencesse ao direito comum, em dissonân-

[12] *A palavra e a Novacap.* Foi a propósito da tese dos impetrantes desse remédio judiciário, segundo a qual, sendo a Novacap uma sociedade anônima não se os poderia punir como peculatários (na forma do art. 312 do Código Penal, e mesmo do seu art. 327), que Sousa Neto desenvolveria seu largo estudo.

cia com tudo o mais, que é público, ela seria pessoa do Governo, até porque o que oficializa ou particulariza os sujeitos não é a forma. A nova tese, segundo a qual o instituto é privado pelo fato exclusivo de funcionar com a técnica do *jus privatum,* só se defende com o prestígio de seus apologistas, o que (...) é muito pouco para manter e impor uma teoria" (...); "o uso de técnicas do direito privado não privatiza as entidades oficiais, e, hoje em dia, os instrumentos utilizados em primeira mão pelo direito comum são igualmente serviçais do direito administrativo, operando como próprios desse ramo de direito. Aliás, já salientei, com apoio em sumidades da cência jurídica, e especialmente arrimado em Seabra Fagundes, que um direito recorre a outro, freqüentemente, sem se desnaturar. O direito comercial se suplementa com o direito civil, sem se descomercializar; o direito administrativo busca subsídios no direito civil, sem perder o seu caráter de direito público" (op. cit. p. 63, 66, 88, 89 e 91).

Conforme se vê, Sousa Neto, do mesmo modo que Leal Fagundes e Sampaio Lacerda, todos são unânimes em proclamar que, apesar da forma recebida de sua lei institucional, essa Novacap deve ser, mais apropriadamente, conceituada como empresa do Estado, sociedade de pessoas públicas, embora duvidosamente regida pela técnica do direito privado, para eles a Novacap é, de fato, quase uma autarquia.

Sobre essas considerações, ocorre-nos uma observação — que tomamos ao reverso — de Zanobini, a propósito de algumas entidades italianas, como os Bancos de Nápoles e da Sicília, por lei consideradas *entidades públicas*: para o mestre romano, desde que tais empresas só realizam serviços característicos de ordinárias empresas privadas, ou nós consideramos errônea a definição de entes públicos que lhes atribui a lei, ou devemos reconhecer que o exercício de potestade pública não é elemento necessário da personalidade de direito público (*Corso di dir. amm.,* p. 122 do v. 1).

Para nós — aliás, esse é também o pensamento de Zanobini — o fim, o escopo, da pessoa jurídica há de ser o elemento principal (embora não exclusivo) para a conceituação de sua natureza jurídica: se ela tem a fisionomia de entidade estatal, usa processos de direito público, e segue metas que finalisticamente são de seu interesse, do interesse que se lhe atribuiu no ato de sua criação, mas são igualmente interesse público de essência estatal; então, a empresa personalizada usufrui as prerrogativas e tem a natureza de entidade pública.

Todavia, pode ocorrer (e isto ocorre, no caso da Novacap) que embora tendo finalidade coincidente com a do Estado, e tendo fisionomia de entidade estatal, a empresa usa processos de direito privado: então, ela não será uma

entidade de direito público, mas de um tipo híbrido que, pelo novo direito do Brasil, se chama "empresa pública". O pensamento que Sousa Neto, Leal Fagundes e Sampaio Lacerda exprimiram, antes do Decreto-lei nº 900, de 1969, estaria certo, na ocasião: a Novacap, à época, bem mereceria a classificação de *quase-autarquia*. Entretanto, isso carece, hoje, de significação.

Aliás, a Novacap é um caso único, no catálogo dessa multidão de empresa estatais que buscam tipificação jurídica: criada com o propósito de vir a ser uma sociedade anônima — e tendo recebido essa expressão como aposto de seu nome fundamental — ela flutuaria como entidade indefinida, até que ulterior reforma administrativa lhe pudesse definir a categoria de direito. A Novacap é, realmente, uma empresa pública, e já tinha essa fisionomia desde sua constituição: ela foi assim a primeira empresa pública no Brasil.[13]

11. Na organização de determinados serviços, máxime daqueles com características econômicas, o Estado intervencionista do Brasil deu ênfase à sociedade anônima com capital *misto*. No mais das vezes, porém, essa organização social — e não vimos o caso da Novacap? — era simples expediente engenhado para suprir omissões no quadro legal.

E o exemplo da União, como sói ocorrer, projetou-se através do país: no Estado da Guanabara, por exemplo, há cerca de dez anos várias empresas de serviço público, como as de águas, de transportes coletivos, e outras, foram estruturadas em forma de sociedades anônimas do tipo misto. O curio-

[13] A Novacap foi, também para Oliveira Franco Sobrinho, "a mais antiga empresa pública existente no Brasil" (p. 103, de seu *Fund. e emp. públicas*, cit.). No mesmo sentido, Caminha Muniz: "A primeira entidade brasileira criada com características de empresa pública, ou seja, aquela constituída com capital integralmente de origem pública foi, a nosso ver, a Novacap, em 1956. A Lei nº 2 874, de 1.9.56, que a criou, estabeleceu que a entidade seria regida pelo seu estatuto e, subsidiariamente, pela lei de sociedades anônimas. Seu capital seria subscrito integralmente pela União, podendo as ações, no entanto, ser adquiridas por outras pessoas jurídicas de direito público. Como vemos, embora sem a denominação de empresa pública, a entidade continha as características desta e adotava, como era usual para as entidades estatais, a forma de sociedade anônima" (*in A emp. púb.* ..., cit. p. 11). Mais recentemente, com a Lei nº 5.861, de 12.12.1972, a Novacap foi desmembrada, saindo dela uma outra "empresa pública" denominada Terracap.

De fato, pela ementa dessa Lei nº 5.861/72, foi autorizado "o desmembramento da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil — Novacap, mediante alteração de seu objeto e constituição de Companhia Imobiliária de Brasília — Terracap". E o art. 1º do diploma reservou, para objeto da Novacap, a "execução de obras e serviços de urbanização e construção civil de interesse do Distrito Federal, diretamente ou por contrato com entidades públicas ou privadas".

so, nesses casos, foi que a quase totalidade do capital dessas empresas resultou subscrita pelo próprio Estado ou por autarquias estaduais (como o Instituto de Previdência do Estado da Guanabara — IPEG), mas, para compor o número legal de sócios, um número mínimo de ações foi tomado por pessoas físicas integrantes do Governo (que assim procederam apenas para formalizar o *quorum* das sociedades anônimas).

Contudo, nessa mesma oportunidade o Governo da União principiava a se ocupar da criação de um novo tipo de empresa, que não teria nem mesmo a forma de sociedade anônima imperfeita, ou ficta: era a "empresa pública" do preconício de Bilac Pinto, sociedade de membro único ou sociedade formada com o capital de várias entidades estatais ou semi-estatais. Esse fato era o que, já em 1966, nós registramos assim: "Outras leis, porém, de mais recente elaboração, têm previsto a organização de verdadeiras empresas públicas, de cujo capital participarão, exclusivamente, pessoas jurídicas de direito público interno, como sejam — além da União — os estados-membros e os municípios, e entidades de que os mesmos tenham sido matriz: a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, instituindo o Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu art. 42 previu a organização de uma empresa desse gênero, para a exploração do monopólio estatal das ligações telefônicas a longa distância, nesse diploma criado; e as leis delegadas números 6 e 7, ambas de 26 de setembro de 1962, autorizaram a constituição da Companhia Brasileira de Alimentos e da Companhia Brasileira de Armazenamento, respectivamente, como *empresas públicas*, cujo capital será realizado, pela União, em 51%, e o remanescente pelas unidades federadas" (*Dir. adm. da autarquia*, p. 11).

Mais tarde, efetivamente, todas essas empresas viriam a ser organizadas, tendo sido a Empresa Brasileira de Telecomunicações a primeira empresa pública "como tal rotulada na lei criadora" Caminha Muniz, in: *A emp. pú-*

O art. 2º da mesma Lei autorizou o Governo do Distrito Federal a constituir a Companhia Imobiliária de Brasília — Terracap, que sucederá a Novacap, "assumindo-lhe os direitos e as obrigações, na execução das atividades imobiliárias de interesse do Distrito Federal, objeto de utilização, administração, disposição, incorporação, oneração ou alienação de bens. Pelo mesmo art. 2º, o capital da Terracap será, em 51% e 49% — respectivamente — do Governo de Brasília e da União.

E, pelo art. 3º, a Lei nº 5.861 estabeleceu serem "comuns à Novacap e à Terracap" a categoria de "empresa pública do Distrito Federal, com sede e foro em Brasília, regida por esta lei e, subsidiariamente, pela legislação das sociedades anônimas", sendo ordenado ainda, no art. 6º, o registro do ato constitutivo da Terracap na Junta Comercial do Distrito Federal.

blica, cit., p. 12). E Caminha acrescenta: "Introduzia-se, assim, com a Embratel, a empresa pública tal como é hoje conceituada (*em 1972, data de seu livro*). Dela viria a tratar expressamente a Constituição de 1967, dando-lhe a projeção que merece no campo das atividades econômicas" (op. cit. p. 13).

Posteriormente à criação das supra-referidas três empresas, as que primeiro se apresentaram com características de entidade econômica sem contubérnio dos capitais público-privados, viria o Decreto-lei nº 200, de 1967 (25 de fevereiro), que daria uma estrutura jurídica formal à empresa pública, que até então só se constituía mediante leis particulares, e sem um estilo uniforme. A partir desse momento o Governo federal criaria um número razoavelmente grande de empresas dessa espécie, e, nalguns casos, até, a constituição delas resultou da reestruturação jurídica de antigas e importantes autarquias (a Caixa Econômica Federal, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, o Banco Nacional de Habitação, por exemplo), ou, mesmo, de antigos órgãos da Administração Direta (a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que anteriormente fora o Departamento dos Correios e Telégrafos, do Ministério das Comunicações).

Atualmente o Governo alterna o seu prisco interesse pela estrutura empresarial de economia mista com o interesse pela recente invenção jurídica, esta sociedade pública de membro único, ou, mesmo — subespécie de empresa pública — a sociedade integrada meramente por entidades públicas ou por entidades ancilares do Estado.

12. O sistema legal indígena apresenta contemporaneamente dois tipos de empresas públicas, que nós bem poderíamos chamar de subespécies: a) a empresa pública genuína, formada com "capital exclusivo da União" (Decreto-lei nº 200/67, art. 5º — II, com a redação nova que lhe deu o art. 1º, do Decreto-lei nº 900/69; b) a empresa pública imprópria, porque organizada como sociedade integrada pela União, que deterá a maioria do capital votante, e por "outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos estados, Distrito Federal e municípios" (Decreto-lei nº 900/69, art. 5º). Como é óbvio, se uma empresa pública for organizada com a participação acionária do Banco do Brasil, *ad ex.,* isto é, de uma sociedade de economia mista, ela estará tendo oblíqua participação de capitais privados, o que desnatura a fórmula primeira idealizada, da empresa pública a constituir-se apenas com capital do Estado: neste caso, a natureza publicística da entidade resultará sobretudo de preceituação legal, não necessariamente da origem de seus recursos.

À primeira subespécie Cretella chama de "empresa pública unipessoal" (*Emp. pública,* p. 250), acrescentando que ela corresponde a uma novidade em nosso direito — como sociedade de apenas um sócio — o que derroga a disposição da lei de sociedades por ações no pertinente à exigência de sete sócios, no mínimo, para organização de entidade dessa natureza (*id. ibid.*), todavia discordamos do mestre paulistano, eis que não enxergamos nenhum parentesco entre a dita *sociedade de um só membro,* e a sociedade anônima. Por demais, o que no caso se verifica é uma certa antecipação da outorga de personalidade à empresa individual com capital afetado, objeto de generalizada aspiração, já algures referida por nós.

Quanto à segunda subespécie de empresa pública, a sociedade formada por aglutinação de capitais oriundos de fontes estatais e semi-estatais, pretende, ainda Cretella, que ela tenha sete ou mais sócios: isto "porque, fora da hipótese (...) da empresa pública unipessoal, expressamente capitulada pelos artigos respectivos do Decreto-lei nº 200 e do nº 900, a empresa pública seguirá a lei das sociedades por ações" (op. cit. p. 252): mais uma vez temos de discordar do autor em questão, pois não vemos em que ele se firma para lançar tal asserto; afinal de contas, o que diz o art. 5º, inciso II (consoante a redação derivada do art. 1º do Decreto-lei nº 900, de 1969), é precisamente o contrário, isto é, que a empresa pública *pode* "revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito", vale dizer, a de sociedade por cotas ou qualquer outra, além da forma de sociedade anônima. Um exemplo típico de empresa pública "pluripessoal" (outro adjetivo de Cretella) nós o temos no caso da antiga Novacap, ao menos no esquema que se pretendeu traçar, para o desdobramento das fontes de seu capital, e isso mesmo antes que — com o Decreto-lei nº 200/67 — se normativasse a "moderna empresa pública" em nosso sistema administrativo: essa Novacap foi, é certo, constituída idealmente como sociedade anônima; entretanto, poderia ter sido estruturada, juridicamente, como sociedade por cotas ou, mesmo, como sociedade em comandita, para a aglutinação dos capitais de origem pública adventícios.

Uma das particularidades da empresa pública é, exatamente, esta: ser-lhe possível revestir-se de qualquer das formas societárias admitidas no direito legislado ou no direito ferente, ao revés do que ocorre com a economia mista, a qual só poderá ter a forma de sociedade anônima. Aliás, isso não constitui novidade de nosso direito, pois, consoante o registro de Friedmann e Garner, nalguns países a constituição de empresas mistas prescinde de lei especial, desde que se regerá pela legislação comercial vigente, enquanto se exigirá diploma específico, para a empresa do tipo em estudo: nessas condições,

a lei criadora da empresa pública poderá — no caso de ser a mesma "pluripessoal" — atribuir-lhe qualquer das formas de sociedade preexistentes no sistema jurídico nacional, ou inventar outro, para aplicação adrede.

Não obstante, temos de concordar com Caminha Muniz, para quem existe nítida tendência, no Brasil, de se organizar empresa pública em forma de sociedade anônima; nem poderia ser de outro modo, eis que — conforme Dimock, citado por Muniz (op. cit. p. 45) — esta espécie de sociedade foi a mais eficiente até hoje encontrada, para a participação dos homens ou dos governos em uma atividade colateral, distinta daquelas a que precipuamente se devotam.

Mas, e outra vez observação de Caminha Muniz, parece que a adoção pura e simples do contido no Decreto-lei nº 2.427/40 — a vigente lei de sociedades por ações — não foi sempre aceita pelo Estado, a julgar pelas alterações da estrutura peculiar de sociedades anônimas, contidas nalguns diplomas criadores de empresas públicas *pluripessoais*: esse procedimento não é, todavia, insólito, visto que, como Galbraith já tinha apontado (em obra que Muniz cita), quase todos os estudos modernos pertinentes às sociedades anônimas se ocupam dos desvios formais e legais ocorridos na aplicação de sua lei (*id.* pág. 46).

No que tange à aplicação da lei de sociedades anônimas, na constituição das empresas públicas *pluripessoais,* é evidente a razão pela qual deverá haver certas adaptações: desde que as empresas públicas são criações destinadas à execução de serviços públicos (Correios e Telégrafos — EBCT; Processamento de Dados — SERPRO, *ad ex.*) ou de serviços muito próximos desses, conquanto de natureza predominantemente econômica (Caixa Econômica Federal — CEF; Empresa Brasileira de Telecomunicações — Embratel), necessariamente não será possível que tenham elas o mesmo tratamento jurídico das empresas verdadeiramente privadas. Assim, entre outras particularidades nas aplicações jurídicas, as empresas públicas — tais como algumas empresas mistas — desfrutam de certos privilégios, como os de foro, de isenções fiscais, etc.[14]

Destarte, tudo leva à compreensão da peculiar estrutura da empresa pública, ainda quando constituída em forma de sociedade anônima, que — em

14 Para o autor de *A emp. púb. no direito bras.*, Caminha Muniz, são inconstitucionais certas outorgas que impliquem equiparação da empresa pública à Fazenda Pública, como a impenhorabilidade de bens, prazos processuais especiais, etc. E isso porque a Emenda Constitucional nº 1 teria deixado "claro que à regra de igualdade de tratamento dispensada no § 2º do art. 170 às empresas públicas e privadas só poderá ser aberta a exceção do foro" (p. 31)

sua conceituação moderna, mesmo no campo estritamente comercial e privado, segundo as palavras de Arnoldo Wald[15] — só exige ralmente a presença de dois elementos fundamentais: a empresa organizada e o patrimônio autônomo. Até o requisito subjetivo da *affectio societatis*, inerente aos clásssicos conceitos romanísticos das sociedades, foram abandonados em muitas espécies modernas de conjunção de pessoas para ação empresarial, inclusive no caso dessas antigamente denominadas "companhias de comércio".

13. Tudo quanto se situa fora das lindes da igualdade perante a lei, no confronto com entidades do mesmo gênero ou espécie, beneficia-se de *privilégio*, que, por isso, constitui matéria jurídica de direito excepcional. Quando a Emenda Constitucional nº 1 preceituou que as empresas públicas e as sociedades de economia mista — criadas pelo Estado para suplementar a iniciativa privada na exploração de atividades econômicas — "reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao Direito do Trabalho e ao das Obrigações" (art. 170, § 2º), obviamente as excluiu de privilegiação do comércio jurídico; e essa exclusão melhor se compreenderá à vista do *caput* do citado art. 170, onde se encerra um mandamento de estímulo e apoio às empresas privadas, dirigido ao Estado. Situa-se à margem do igualitarismo apontado, apenas, a empresa pública que explorar atividade monopolizada, a qual, então, se beneficiará de um regime tributário particular (art. 170, § 3º, da Emenda Constitucional nº 1).

Mas, não se poderá ignorar que, em determinadas circunstâncias, a União tem competência para discriminar entre elementos passivos de relação tributária; e a tem para isentar até mesmo de impostos estaduais e municipais (Emenda Constitucional nº 1, art. 19, § 2º). Portanto, a legislação que cria uma empresa pública poderá, concomitantemente, isentá-la de tributos, sem que isto implique medida inconstitucional, ao revés do que exprimiu Caminha Muniz, em tópico anteriormente citado, de seu estudo sobre "A empresa pública no direito brasileiro".

Por demais, a empresa pública desfruta do privilégio de foro que a Emenda Constitucional nº 1 deferiu à própria entidade *matriz*, o Estado, nos artigos 125, incisos I e IV, e 110.

14. Num ponto, entretanto, reina controvérsia que nem as leis nem a doutrina até agora resolveram: é no concernente à natureza jurídica do patrimônio da empresa pública e, por via de conseqüência, no que tange à eventual disponibilidade, prescritibilidade e penhorabilidade de seus bens.

[15] "As sociedades de economia mista e as empresas públicas, no direito comparado, art. pub. na *Rev. Forense*, v. 152, p. 516.

A — Para colocação deste problema, temos de, inicialmente, fazer o estudo da classificação dos bens do Estado os quais, malgrado certas óbvias discrepâncias, são geralmente postas em duas categorias: a) a dos *bens públicos* no sentido estrito, incluindo os bens de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas e praças) e os de uso especial, afetados a um serviço de Administração Direta (edifícios ou terrenos, utilizados por serviço ou estabelecimento público); b) os *bens patrimoniais* — ou *dominiais*, conforme nomenclatura hispano-portuguesa — constitutivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

A distinção que fazemos, e se encontra no art. 66 de nosso Código Civil, não é, convenhamos, inteiramente, partilhada por todos os administrativistas de hoje. Certo é que ela tem o abono autorizado de Laubadère, quando distingue o *domaine public* e o *domaine privé* do Estado; mas este mesmo autor acrescenta que o valor dessa distinção tem sido posto em dúvida (*Traité élémentaire,* cit. v. 2, n.os 210/211, p. 113-14), e, por isso, quase chega a recomendar a teoria da *échelle de la domainialité,* de Duguit, como a tríplice divisão, de Duverger: a) o *domaine* afetado ao uso público; b) o afetado aos serviços públicos; c) afinal, o *domaine* privado do Estado). E as observações daquele citado mestre parisiense são reiteradas por dois autores modernissimos, Jean-Marie Auby e Robert Ducos-Ader, ambos professores da Faculdade de Direito de Bordeaux,[16] os quais, não obstante, manifestam preferência pela dicotomia de Laubadère (op. cit. p. 201).

Outros administrativistas, quiçá a maioria deles, também se alinham no aceitar essa dicotomia, que teve em Pardessus, há quase cento e cinqüenta anos, seu formulador, embora nem sempre o façam nos termos supra apresentados. Assim é que Federico Cammeo distingue o *demanio necessario* ("aquele destinado ao uso público pela natureza das coisas: margens do mar, rios, etc.") do *demanio accidentale* ("aquele cuja destinação ao uso público procede da vontade da administração pública: vias públicas, mercados, fortalezas, etc.");[17] e o notável mestre platino, Rafael Bielsa, também classificando numa situação binômia os bens em causa, nomeia aos dois tipos, respectivamente, como "*públicos,* sobre os quais o Estado tem um superior poder de polícia, e não direito de propriedade", e "*patrimoniais,* sobre os

16 *Droit administratif.* ed. Dalloz, 1967. p. 274.

17 *Corso di diritto amministrativo.* ed. CEDAM, 1960. Padua, p. 461.

quais o Estado exerce um verdadeiro direito de propriedade, diferenciado segundo a classe de bens e o serviço público a que sejam afetados".[18]

Como quer, porém, que se encare o tema em foco, é indiscutível e universalmente reconhecido que nem todo bem do Estado ("bem público" pelo nosso direito; *domaine* ou *demanio,* em nomenclatura francesa ou italiana; *Staatsgut* ou *öffentlich Sache,* na alemã) recebe o mesmo tratamento jurídico: se é possível contestar elementos de patrimonialidade nos bens públicos em sentido estrito, isto é, naqueles destinados ao uso público, *res quae in publico usu habentur,* que tinham a feição das *res sanctae* do romanismo, e que, por isso, eram *res extra commercium,* o mesmo não será possível em relação aos bens ditos *dominiais.* Com efeito, estes apresentam peculiaridades de regime que fecundam a doutrina há mais de um século, segundo informe de Auby e Ducos-Ader (op. cit. p. 373), e que Fritz Fleiner já identificara no prisco direito romano (*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts,* edição Mohr, Tübingen, 1922, observação à p. 331): a natureza dos bens que não se encontram postos à disposição do uso comum do povo, pelo Estado — os bens do *dominio privado* de entidade pública — são dependentes de um regime jurídico bem aproximado daquela que rege a propriedade privada.

Em certa época do século XIX construiu-se uma doutrina que sustentava o caráter de não-propriedade dos bens do Estado; Auby e Ducos-Ader (op. cit. p. 275) pretendem que ela teve origem numa reação contra as concepções do Antigo Regime sobre as propriedades da Coroa, às quais os domanistas do século estimavam perigosas para a proteção do *domínio* estatal: foi Prouhdon quem desencadeou essa orientação, logo seguido por Ducroq, em França; na Alemanha, pela informação de Fleiner, a doutrina teria sido difundida por Otto Mayer, quando introduziu no país a distinção — tomada da escola gaulesa — entre a *öffentliche Eigentum* ("propriedade pública") e a *Eigentum der öffentlichen Hand* ("propriedade de mão pública", que corresponde ao domínio estatal de ordem privada) (cf. Fleiner, op. e p. cit.; e, ainda, Hans J. Wolff, em *Verwaltungsrecht,* v. 1, p. 341).

Mas o crescimento da órbita de ação do Estado, no correr de nosso século, iria desenvolver o que se viria a chamar de "processos privados", no desempenho de serviços públicos: e isso passou a tornar necessária a disponibilidade dos bens públicos, o *abusus,* que repugnava aos antiproprietaristas do século anterior, para os quais as pessoas públicas não contavam, em relação ao patrimônio do Estado, com os três atributos tradicionais da propriedade (o *usus,* o *fructus* e o mesmo *abusus*). Essa tese francesa mereceu acerba crí-

[18] *Principios de derecho administrativo.* 3. ed. Buenos Aires, Depalma, 1966. p. 783.

tica do professor espanhol Eduardo García de Enterría y Carande, para quem ela haveria resultado do afã de "ahistorificar o direito administrativo", em França, no século passado, e teria implicado a ignorância de fato impostergável, assim enunciado: "Toda a instituição do domínio público gira, como é sabido, sobre um *criterium* essencial: a chamada *afetação,* destinação, destino, das coisas particulares que integram suas dependências (...). Uma coisa ingressa no domínio público enquanto permanece afetada a esta utilidade (que a Administração diretamente representa e gestiona); cessa, quando tal afetação termina (...). Assim, quando uma coisa perde a *publicatio,* ou *dicatio ad populum,* ou afetação, ingressa automaticamente no patrimônio privado de Administração e é conseqüentemente suscetível de uma comerciabilidade ordinária, e, por fim, de ser objeto de prescrição nos termos comuns do Código Civil".[19]

É de lastimar que a doutrina e a jurisprudência peregrinas não nos ilustram, com referência ao caso particular dos bens de capital, supridos pelo Estado a entidades da espécie da empresa pública. Não obstante, Marienhoff — em seu "Tratado del dominio público", que antes citamos — teve ensejo de apreciar a natureza jurídica dos bens pertencentes a uma sociedade de economia mista, ainda que de direito público seja ela (na Argentina existem sociedades de economia mista de direito público como de direito privado), proclamando: "Tratando-se de uma sociedade de economia mista *pública* — não de uma entidade autárquica — é evidente não ser a mesma um organismo estatal ou pessoa administrativa. Nessas condições, quaisquer que sejam os fins a satisfazer por ela, seus bens não são dominiais, não podem pertencer ao domínio público, pois falta um elemento essencial para isso, o subjetivo, em cujo mérito o titular do bem, qualquer que seja a teoria que se adote, há de ser o Estado (*lato sensu*) ou uma comunidade de substrato político (povo). Para determinar a condição jurídica de um bem, não basta

[19] Num estudo sobre "la imprescriptibilidad del dominio público", incluído nos "Estudios dedicados al Professor García Oviedo", v. 1, *Derecho administrativo,* pub. da Univ. de Sevilha, 1954, p. 326.

Com a mesma orientação doutrinária expendida por Enterría, manifestou-se Miguel Marienhoff, em seu magnífico *Tratado del dominio público* (Tipografia Editora Argentina, Buenos Aires, 1960), quando escreveu: "O que define, um bem *público* e lhe imprime suas notas correlativas — entre elas a inalienabilidade e a imprescritibilidade — é sua *afetação ao uso público,* direto ou indireto" (p. 219).

Também nós temos um estudo desse tema, com a mesma orientação dos autores citados, que foi publicado na *Revista de Direito da P.G. da Guanabara,* v. 18, 1969, p. 35 e segs., sob o título: Da utilização privada dos bens públicos de uso comum.

considerar o *destino* dele (elemento teleológico), senão, também, a natureza de seu titular (elemento subjetivo). Só pode haver domínio públicc quando estão reunidos os *quatro* elementos que o caracterizam"; e, mais adiante, agora incisivamente: "De modo que, tratando-se de sociedades de economia mista, ainda as de direito público, seus bens jamais poderão considerar-se *dominiais*" (*in* op. cit. p. 80-1).

Noutra passagem deste seu "tratado", o Prof. Marienhoff examina a qualificação jurídica dos bens que o Estado aproveita industrialmente, os quais, para ele, revestem a natureza de meros bens do domínio "privado", bens simplesmente "instrumentais", pois não estão afetados diretamente, como "bens finais" ou "bens de uso", à utilidade ou comodidade comum; destarte, eles não estão diretamente afetados a nenhum serviço público.

B — É evidente que as considerações anteriores são aproveitáveis no estudo da natureza jurídica dos bens da empresa pública, conquanto se saiba que no quadro jurídico brasileiro essa entidade recebeu o *status* de pessoa jurídica de direito privado. Entretanto, não cabe invocar, no tratamento jurídico dos bens em apreciação, as prescrições do art. 66-III do Código Civil, que disciplinam o regime dos bens *patrimoniais* do Estado; e não cabe essa invocação pelo simples fato de que a empresa pública, embora *criatura* do Estado, tem personalidade inconfundível com a do criador; por demais, essa personalidade de tal espécie de empresa irrompe da norma constitucional, que a quis *privada e igual às empresas da economia particular,* para todos os fins de direito. Assim, não cabe pensar — no caso do patrimônio da empresa pública, e patrimônio que o Estado um dia irradiou — sequer em domínio *privado*, ou bem patrimonial ou objeto de direito pessoal ou real do referido Estado.

Ainda que originariamente o bem (de capital, ou de patrimônio, ou de qualquer outra classificação) questionado tivesse sido do Estado, deste ele se desintegrou, foi desafetado da condição de bem público, mercê da lei que o aditou à empresa pública *in fieri*: nessas condições, tendo deixado de estar *in publicum relicta,* e havendo padecido a remoção da *expublicatio,* o novo regime jurídico passa a ser o que o Código Civil defere à propriedade privada. Deve ser advertido que essa alteração não foi apenas resultado de simples modificação de dependência legal, mas, sobretudo, foi conseqüência da traslação da propriedade, *ex vi legis*: ora, se a União tem competência para legislar sobre despesa e gestão patrimonial de natureza pública (Emenda Constitucional nº 1, art. 8º, XVII, *c*), e pode até vincular tributos para a constituição de capital de "determinado órgão, fundo ou despesa" (Emenda Constitucional n 1, art. 60, parágrafo único; e 62, § 2º), logicamente o

poder legiferente tem suficiente competência para as operações jurídicas que vimos referindo.

No que diz respeito ao regime de bens das empresas de economia mista, é tranqüilo o entendimento de que as mesmas têm perfeita disponibilidade deles que, por isso, são usucapíveis e penhoráveis, uma vez que estas últimas aptidões são seqüelas da primeira:[20] os autores, e dos mais categorizados, têm expressado o entendimento de que a incorporarção de bens do Estado a uma sociedade dessa ordem implica que a pessoa de direito público perdeu o domínio sobre eles e, por conseguinte, a faculdade de mantê-los jungidos a normas restritivas, que reinavam enquanto os mesmos eram públicos. Manifesta, ainda, o pensamento doutrinário — agora através do magistério excelso de Pontes de Miranda — ser absurdo pensar-se que a inalienabilidade (incedibilidade) e a impenhorabilidade do que, por lei ou por estatutos, pertence a uma entidade política (União, estado-membro ou município), contagia os bens pertencentes à sociedade de que a entidade política é acionista.[21]

Para o caso da empresa pública, todavia, ainda se está na fase de construção de uma doutrina que, tudo o indica, haverá de ser igual à formulada para a economia mista, eis que ambas — nos termos da Constituição e das leis especiais (Decretos-leis números 200 e 900, de 1967 e 1969, respectivamente) — circulam na área do direito privado, embora sejam órgãos da Administração do Estado. Destarte, não há por que considerar-se discrepante dos argumentos invocados para classificar como privados os bens da economia mista, os que serão suscitados para a mesma finalidade, no caso da empresa pública.

Isso posto, de nossa parte entendemos que os bens das empresas públicas — *em geral* — têm a mesma natureza jurídica dos bens, de capital ou patrimoniais, de empresas privadas, sendo por isso disponíveis livremente, e, portanto, usucapíveis e penhoráveis. Aliás, quase poderíamos acrescentar ser esse o entendimento oficial, no Brasil, tanto que a legislação da reforma administrativa federal, iniciada com o Decreto-lei nº 200, de 1967, ao impor a licitação e o leilão como procedimentos administrativos necessários para quaisquer compras, vendas, obras ou serviços em que a Administração seja

[20] Além da manifestação de Marienhoff, neste sentido, a qual já transcrevemos, veja-se — concorde — Caminha Muniz (*A emp. púb*.... cit. p. 55, 75/79), que traz à colação as opiniões de Teófilo de Azeredo Santos, José Carlos Barbosa Moreira, Francisco Campos e Pontes de Miranda.

[21] Apud José Carlos Barbosa Moreira, em parecer que sob o título Imóveis do Estado, Alienação. Arrendamento. Incorporação ao capital de sociedade de economia mista, publicou no v. 16, p. 332-7 da *Revista de Direito da P. G. da Guanabara.*

parte, afastou a sociedade de economia mista e a empresa pública da sujeição ao preceito.[22]

Acrescentaremos, ainda, ser este o único entendimento capaz de se adequar com o estabelecido no § 2º, do art. 170, da Emenda Constitucional nº 1, o qual preceitua que as sociedades de economia mista e as empresas públicas, quando dedicadas à exploração de atividade econômica, "reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações".

15. Contudo, a mesma Emenda Constitucional nº 1/69 prevê exceções à regra enunciada ao fim do artículo antecedente, quando admite privilegiação de empresa pública exploradora de atividade monopolizada (§ 3º do citado art. 170: V., também, os arts. 163 e 169). E, nesses casos, pensamos que outro haverá de ser o tratamento jurídico por deferir aos bens das entidades instituídas para a execução dessas atividades.

A nosso ver, uma é a posição da empresa que ingressa no processo econômico ou no campo de qualquer serviço, em caráter meramente "suplementar da iniciativa privada" (art. 170, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1/69); outra, bem diversa, é a do instrumento de intervenção monopolística do Estado em "determinada indústria ou atividade (...) indispensável por motivo de segurança nacional" (art. 163, *caput,* também da Emenda Constitucional nº 1/69).

Algumas vezes são criadas entidades empresariais para a execução de serviços que a própria Carta Fundamental erigiu em monopólios do Estado, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (*ex vi* do art.

[22] Com efeito, o Tít. XII do Decreto-lei nº 200/67 (artigos 125/144) só impõe o procedimento da licitação, em todas as suas formas, à Administração Direta e às autarquias, excluindo, claramente, as empresas mistas e públicas de sujeição a ele. Neste sentido é o pensamento de Hely Lopes Meirelles (*Licitação e contrato administrativo.* S.P., ed. R.T. 1973. p. 11), para quem as pessoas jurídicas de direito privado, embora a serviço do poder público, não estão sujeitas à licitação, a menos que o contrário seja posto em leis especiais ou nos seus estatutos; e também é a orientação recomendável, para Caio Tácito (Parecer, pub. na *RDA,* v. 113, 1973, p. 350--61), o qual exprime que, não havendo norma "especial" determinante de exigência de licitação nos contratos feitos pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, "prevalece o princípio da livre escolha, que é a regra geral na matéria".

Estamos de acordo com Hely, em que pese o argumento contrário de Adilson Abreu Dallari (*Aspectos jurídicos da licitação.* S.P., ed. Juriscredi, que é recente mas não apresenta data, p. 50-1), para quem "o princípio da licitação (e não as normas) é também aplicável às sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações governamentais, pois tais entidades são afetadas pelo regime jurídico administrativo.

8º — XII, da Emenda Constitucional nº 1/69: criação do Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969); outras vezes, a lei — com expresso assento na Constituição — organiza monopólio e institui empresa pública ou sociedade de economia mista, para efetivação de tal monopólio, como ocorreu nos casos da Embratel e da Telebrás.[23] Noutras ocasiões, e até freqüentemente, o Estado constitui ou transforma terceiras entidades em sociedades de economia mista ou empresas públicas, com o fim de implantar, operar ou administrar certos serviços, até mesmo preexistentes, e cujos bens são a elas transferidos: é o caso, por exemplo, da ARSA (Aeroporto do Rio de Janeiro S.A.), criada pela Lei nº 5.580, de 25 de maio de 1970, e o da Infraero (Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária), criada pela Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, a primeira uma economia mista, que o diploma instituidor da segunda, uma empresa pública, transformaria em sua "subsidiária" (art. 8º, parágrafo único). Finalmente, temos o caso de em-

participando, ao mesmo tempo, de algumas das prerrogativas e sujeições que afetam a administração centralizada". Mas Dallari fica evidentemente perplexo com as resultantes de sua tese, e contraditoriamente, acrescenta que os "chamados serviços industriais do Estado" estarão obrigados à licitação apenas para alienação de seus bens dominicais, vale dizer patrimoniais: ora, serviços industriais, quiçá melhor será dizer-se econômicos, do Estado, são os que realizam as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

A nosso ver o Decreto-lei nº 200/67 implicou revogação da Lei nº 4 401, de 10 de setembro de 1964, que estabeleceria normas para a licitação, em geral, no Serviço Público da União, e submetia a seu regime o "serviço público de administração direta e de administração descentralizada", numa implícita referência à economia mista e à empresa pública, embora, em 1964, a empresa pública não houvesse surgido em nosso direito legislado, e a expressão "administração indireta" não houvesse sido oficialmente adotada.

[23] A Lei nº 4 117, de 1962, antes referida, autorizou o Poder Executivo federal "a constituir uma entidade autônoma, sob a forma de empresa pública, de cujo capital participarão exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, bancos e empresas governamentais, com o fim de explorar industrialmente serviços de telecomunicações postos, nos termos da presente lei, sob o regime de exploração direta da União" (art. 42): por isso, como também já referimos, foi constituída a empresa pública Embratel, que mais tarde — *ex-vi* da Lei nº 5.792, de 11.7.1962, da qual resultou a empresa Telecomunicações Brasileiras S.A., portanto economia mista — seria transformada, igualmente, em sociedade de economia mista e posta como subsidiária da novel empresa (art. 11, dessa Lei 5 792/62). Emenda Constitucional nº 1/69, no art. 8º, XV, *a*, indicou "os serviços de telecomunicações" como objeto de exploração direta da União, ou de entidade por esta autorizada ou delegada em concessão.

presas que, como a Petrobrás, de economia mista, exploram um "monopólio da União" (art. 169, da Emenda Constitucional nº 1/69).

Não pode ser controvertido que, em casos tais, a empresa pública — do mesmo modo que a sociedade de economia mista — estará no exercício de genuínas delegações, pois a titularidade do serviço ou do negócio desempenhado é do Estado, que o cometeu a outrem. Esta situação é diversa da que se verifica quando o Estado cria uma empresa (a Empresa Brasileira de Turismo, por exemplo, que tem por finalidade "incrementar o desenvolvimento da indústria do turismo", etc., na forma do art. 11 do Decreto-lei nº 55, de 18.11.1966), para o desempenho de atividade econômica "suplementar da iniciativa privada" (art. 170, § 1º da Emenda Constitucional nº 1/69): no primeiro caso a atividade empresarial tem as características de um serviço essencial, ou, para usarmos da cláusula constitucional, "indispensável" (art. 163, *caput,* da Emenda Constitucional nº 1/69), enquanto no segundo é, como vimos, apenas "suplementar"; no primeiro caso há de ser considerado que tudo quanto for aplicado no serviço passa a gozar dos privilégios resultantes de sua afetação ao que a Constituição classificou de "indispensável", o que não será lícito admitir no outro.

Curioso de observar é que, se os problemas pertinentes ao regime jurídico dos bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista têm sido pouco estudados, não encontramos nada que nos pudesse adminicular no exame do caso particular da natureza jurídica dos bens de entidades dessas categorias, que hajam sido afetados aos serviços de um monopólio estatal.[24] Todavia, Laubadère areja as dificuldades do tema, quando escreve: "No que concerne à noção de *domaine public,* se é verdade que as empresas públicas não podem ser *proprietárias* senão de um *domaine privé,* é possível que dependências do domínio público sejam colocadas à disposição de empresas públicas, na sua qualidade de concessionárias de serviço público; trata-se, então, daquilo que se chama, no regime da concessão de serviço público, o *domaine* concedido ou *domaine* da concessão" (*Traité*... cit. v. 3, p. 615). E quando aprecia as "utilizações do domínio afetado aos serviços públicos" (v. 2, p. 172/4), Laubadère estuda o caso dos bens públicos utilizados por concessionários, dando como "exemplo-tipo" a utilização de via férrea de propriedade do Estado por um "concessionário de caminho de ferro" (*id.*

[24] Laubadère, no v. 3 de seu *Traité élémentaire,* registrou que o Conselho do Estado de seu país estudou a natureza jurídica desses bens, concluindo serem eles do domínio privado do Estado; entretanto não a teria apreciado com mais detença, nem examinou a questão de sua alienabilidade (p. 614). Destarte, obviamente, o Conselho do Estado não teria apreciado a questão dos bens empregados em atividades monopolizadas.

ibid.): aqui, sustenta o autor, tendo um direito *exclusivo* de desfrute, o concessionário exerce o *uso completo*, e retira do bem, como exclusão do proprietário, todos os *ganhos possíveis*, mesmo aqueles compatíveis com a afetação, mas não conformes com ela, tais como os frutos naturais e os produtos de locações consentidas a terceiros.

Não será esdrúxulo, portanto, equiparar o patrimônio afetado — através de uma empresa pública ou sociedade de economia mista — à exploração de um monopólio estatal, ao bem público de uso comum do povo (Código Civil, art. 66, I), que, por ser indisponível, é inalienável, e, portanto, impenhorável, constituindo ainda um direito imprescritível. Tal orientação, acreditamos ser a única compatível com as características peculiares da exploração de uma atividade econômica (o caso da Petrobrás), ou do exercício de um serviço público (o caso dos Correios e Telégrafos) monopolizados pelo Estado, e que não podem, de nenhum modo, ser desempenhados por entidades outras que as filiais do Estado.[25]

Entretanto, essa privilegiação do bem de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, convém reiterar a distinção, não haverá de amparar senão aqueles casos em que estejam presentes entidades detentoras de monopólio "indispensável por motivo de segurança nacional". E isso pela óbvia razão de se tratar de bem que não deve ser alienado.

No concernente ao bem relacionado com atividade monopolizada apenas por conveniência econômica ("para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa", *ut* art. 163, *caput*, da Emenda Constitucional nº 1/69), não enxergamos motivos jurídicos nem políticos para se lhes atribuir privilégio. A propósito, nos servirá de subsídio o que Leopoldo Braga escreveu, quando sustentava — em seu anteriormente citado estudo das sociedades de economia mista — que a circunstância de explorar um monopólio "industrial ou comercial, ainda que de relevante interesse público" não infunde, por si só, personalidade jurídica de direito público a uma entidade constituída pelo Estado em moldes privados: "Ressalvadas as restrições constitucionalmente estabelecidas, nada impede, realmente, que a União, os estados, o Distrito Federal

[25] Admitamos, por hipótese, que fossem considerados de natureza estritamente privada os bens patrimoniais da Petrobrás e os dos Correios e Telégrafos: eles poderiam, mercê disso, ser livremente alienados e, portanto, penhorados. E então, nós poderíamos assistir, num certo dia, à penhora do monopólio petrolífero ou daquele postal, até por empresas multinacionais estrangeiras, fato que de todo em todo se descompadece com os artigos 169 e 8º, XII, da Emenda Constitucional nº 1.

e os municípios confiem a delegados ou concessionários privativos o exercício de suas atribuições e faculdades, por conveniências de natureza econômica ou técnica, ou por outras quaisquer razões de interesse administrativo. E, se atividades e tarefas próprias do Estado podem ser por este delegadas e concedidas a particulares *preexistentes,* nada obsta a que o sejam, também, a entidades de direito privado por ele mesmo *criadas* para tal fim" (*Rev. da Proc. Geral,* v. 12, p. 253).

É certo que o eminente publicista observava, quando escreveu o supratranscrito, o art. 146 da Constituição de 1946, que autorizava a União a "monopolizar determinada indústria ou atividade", sem entrar em consideração de segurança nacional, mas apenas considerando o interesse público. Nem questionou sobre a personalidade jurídica de entidade monopolista.

Contudo, em vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, a qual previu os monopólios decretados por motivo de segurança nacional, mesmo que uma atividade dessa ordem possa ser atribuída a empresa de regime privado, sem lhe infundir personalidade pública, é inquestionável a particular situação jurídica desta empresa, no confronto com a que explora uma atividade econômica de outra ordem. E, reiteraremos, neste último caso, que mesmo o monopólio, desde que não qualificado de "segurança nacional", deixará de ser razão suficiente para privilegiar o bem da empresa.

Como se sabe, a *impenhorabilidade* — e este pensamento Clovis já o exprimia há mais de 50 anos, em seus "Comentários" do Código Civil — *é apenas uma forma particular de inalienabilidade*: sendo o monopólio, máxime o que se liga à segurança nacional, algo situado *fora do comércio,* evidentemente ele não pode ser alienado; e se é inalienável, também é impenhorável.

É oportuno, aqui, evocarem-se os pensamentos de Philadelpho Azevedo e Orozimbo Nonato,[26] segundo os quais "o Estado, por motivos inelutáveis de contingências sociais, tem, por vezes, de descer dos seus altos planos", para atividades comerciais e industriais, donde certos de seus bens serem postos *em comércio,* tornando-se, portanto, penhoráveis, dado a impenhorabilidade constituir privilégio que não pode ser estendido fora das condições expressamente outorgadas. Acrescente-se, ademais, e outra vez com Leopoldo Braga, ser a impenhorabilidade um privilégio cujo gozo não se fundará em presunção nem se pode inferir por extensão ou analogia: "ou

[26] Contidos em votos, no julgamento do Conflito de jurisdição nº 1.519, e vistos num acórdão de 11.10.1944 (publicado no apenso ao nº 132, de 12.6.1945, *D. Justiça* de 12.6.1945, p. 2267-70).

resulta (ela) de outorga inserida em lei *expressa,* ou se depreende como decorrência lógica e necessária da regra da inalienabilidade dos bens públicos, constante do art. 67 do Código Civil, ou ainda, de alguma disposição de lei especial prescritiva de inalienabilidade, atento o disposto no art. 942, inciso I, do Código de Processo Civil".[27]

Isso posto, é correto entender-se que, excetuados os bens patrimoniais de empresas públicas operantes em processo de execução de um monopólio estatal "indispensável" para a segurança nacional, os bens das demais empresas públicas são penhoráveis, usucapíveis e prescritíveis, pelo fato de serem alienáveis, de serem *bens em comércio.*

16. Conforme teremos ensejo de verificar, adiante, no direito comparado encontramos poucos exemplares de sistemas onde se agasalhe "empresa pública" do gênero da instaurada no direito brasileiro. Mas, sem dúvida, encontraremos alguns espécimes de entidade que se assemelhará à instituída em nosso país, isto é, constituída com capital exclusivamente público, operando no quadro do direito privado, com características de empresa privada, inclusive no que se refere ao tipo de personalidade.

Como quer que seja, o fato é que variam indefinidamente os estilos de empresas públicas, cada país adotando seu modelo, quando — o que é mais comum — não prefere atribuir, a cada uma entidade criada, padrão jurídico especial.

Em 1958, reuniu-se em Praga um colóquio internacional de juristas, para estudar, à luz do direito comparado, a "empresa pública autônoma de caráter econômico": descreve Roger Pinto, autor do relatório final, que na oportunidade pretendeu-se fixar um conceito universal para esse tipo de empresa, tendo-se chegado à conclusão da impossibilidade de tal fazer-se, face à diversidade de padrões existentes (v. em *RDA* v. 57, p. 483-98, o relatório, a que já fizemos anterior menção).

Somos do entendimento, porém, que o regime jurídico nacional da empresa pública — como instituído pelo Decreto-lei nº 200, de 1967, e legislação posterior — será o melhor de quantos se tem experimentado pelo mundo.

Todavia, havemos de reconhecer que ainda se impõem medidas aperfeiçoadoras da entidade em causa, pois muitos defeitos têm sido observados

[27] Do conceito de impenhorabilidade dos bens públicos. Parecer publicado na *Rev. de Direito do M. P. da Guanabara,* nº 7, 1969, p. 119-58: a citação extraímo-la da p. 124. Esclareça-se que o Código de Processo Civil referido pelo autor do parecer foi revogado em 1973.

no seu funcionamento diuturno, conforme, aliás, Themistocles Cavalcanti já teve ensejo de apontar.[28]

17. A nosso ver, duas máculas fundamentais prejudicam o bom funcionamento da empresa pública brasileira: a primeira delas se situa na falta de uniformidade do seu tratamento jurídico, pois a própria Emenda Constitucional, vigente desde 1969, admite a existência de empresa *monopolista* e de empresa *não-monopolista* (art. 170, §§ 2º e 3º, respectivamente). No caso de empresa monopolizadora de certa atividade econômica, ela poderá desfrutar de privilégios, entre os quais — e a Constituição o admite implicitamente, no citado § 3º do art. 170 — o da imunidade tributária; apenas deixará de se beneficiar de tal imunidade a empresa pública exploradora de atividade não monopolizada.

Outra fonte de prejuízo para a boa operação de nossa empresa pública resulta do privilégio de foro federal (Emenda Constitucional nº 1/69, art. 125, inciso I): em país onde a divisão territorial apresenta disparidades imensas, e existem estados-membros com as dimensões globais dos integrantes de Mercado Comum Europeu, obrigar um indivíduo a procurar a capital de certo Estado, na qual tem sede o juiz federal, para defender um direito contra certa empresa pública, é sem dúvida um evidente contra-senso.

Acresce considerar que a Constituição de 1969 previu, ainda, a instauração de um foro especial para dirimir os litígios decorrentes de relações de trabalho, que surjam entre os empregados de empresas públicas federais, inclusive, e seus "servidores". Ora, desde que, na conformidade do § 2º do art. 170 da Carta Federal, as relações de trabalho entre empregados e empregadores (quando empresas do tipo estudado) se regerão pelo direito do trabalho, seria mais lógico que a matéria fosse entregue à bem aparelhada justiça federal criada para as controvérsias estribadas nesse direito. Mais lógico e, sem dúvida, evitaria o congestionamento da justiça federal, que ocorrerá um dia, por força da multiplicação de nossas empresas públicas.

Na sua admirável crítica da empresa pública do Brasil, Themistocles Cavalcanti teve oportunidade de abordar um tema que — respigadamente — já tivemos ensejo de mencionar: queremos nos referir à questão da responsabilidade do Estado, como sócio único de uma empresa do tipo comercial. Esta responsabilidade será *limitada* ou *ilimitada;* e, de qualquer modo, será uma responsabilidade financeira de natureza jurídica pública?

Questão conexa com a suscitada por Cavalcanti é a que se refere à natureza do patrimônio da empresa pública: terá ele os privilégios regalen-

[28] Em A empresa pública no direito brasileiro, *RDA*, v. 91, p. 3 e segs.

gos dos bens públicos, entre os quais não são de menor relevo os que se referem à impenhorabilidade (tema que já desenvolvemos, nos precedentes artículos 14 e 15)?

Enquanto não forem, de modo incontrovertível, e através de norma jurídica idônea, resolvidos esses dois problemas, a idéia de fazer ingressar a empresa pública no giro comercial ou industrial, como se fora um *comerciante público* — para usarmos de expressão criada pelo Prof. Vedel — será absolutamente irrealizável. Quem irá concretizar operações mercantis ou bancárias vultosas, que engajem a responsabilidade patrimonial de uma empresa pública, sem ter a certeza de um garante firme e compulsoriamente obrigável? No entanto — já proclamava Bilac Pinto em 1952 — tal possibilidade de mobilização creditícia, sem os embaraços dos processos da contabilidade pública e das rêmoras ordinárias em tudo quanto envolve responsabilidade do Estado, ou de suas entidades públicas ancilares, isso constitui uma das vantagens que recomendam a criação de uma empresa pública de regime jurídico e econômico privados.[29]

Se problemas como os que vimos apontando não foram resolvidos, a idéia excelente da empresa pública do tipo brasileiro, da *empresa pública em sentido estrito,* estará condenada ao insucesso e regrediremos ao sistema anterior, das sociedades de economia mista que desbordam da legitimidade jurídica, porque organizadas como meras sociedades anônimas aparentes (foi o caso da Novacap e da Rede Ferroviária Federal, e é o caso de certas sociedades de economia mista constituídas durante o decênio anterior no Estado da Guanabara, onde, a uma massa esmagadoramente dominante de capital público, acrescentaram-se uns poucos, uma meia dúzia, de modestíssimos acionistas privados, só para compor o *quorum* mínimo dos sete acionistas da sociedade anônima. . .).

Não é importante, ou não será fundamental, no caso brasileiro, a atribuição de personalidade jurídica de direito privado à empresa pública: muito bem exprimiu Themistocles Cavalcanti que o importante será, corretamente, estabelecer que seu funcionamento se opere em rigorosos termos de direito

[29] A propósito, merece referência que tema conexo com o da responsabilidade da empresa pública em termos de integral regime privado é o que diz respeito à questão da insolvência. Aliás, tema controverso, tanto que no Colóquio de Praga ele foi objeto de debates, sem conclusão, ficando consignado no relatório de Roger Pinto: "O problema da insolvência da empresa pública e suas conseqüências surge em todos os sistemas jurídicos estudados pelo Colóquio. Em parte alguma, porém, aparece resolvido pela aplicação dos processos de direito privado em caso de falência." (*RDA*, v. 57, p. 491).

privado. E nós acrescentaremos: inclusive para efeitos da responsabilidade econômica e patrimonial; para confrontos litigiosos, sem privilégios de foro e prazos; para equilíbrio e *fair-play* na competição do mercado, sem os privilégios tributários.

A não ser assim, será melhor fazer-se como na Itália — com as vantagens assinaladas no Colóquio dos Administrativistas de 1958, realizado em Praga — isto é, será melhor a criação de empresas juridicamente autônomas, conquanto integradas na Administração do Estado.

Mas isso, repetimos, será uma regressão.